

106 年專門職業及技術人員高等考試律師考試第二試試題

類別：各類科

科目：民法與民事訴訟法(二)

一、甲授權 X 律師為訴訟代理人，以 A 公司、B 銀行為被告，並主張其執有 A 公司為發票人、B 銀行為付款人之支票（下稱系爭支票）一張，依票據法律關係，求為判決命 A 公司、B 銀行給付新臺幣（下同）200 萬元票款，且如任一人已給付，於給付範圍內，他人免給付義務。乙於上述訴訟繫屬中，主張其對 A 公司因借貸關係而有 200 萬元債權，並以系爭支票為擔保，為系爭支票之真正權利人，而因甲所提訴訟之結果將侵害其權利，乃以甲、A 公司及 B 銀行為共同被告，向甲所提訴訟繫屬之法院起訴，請求判決：1. 確認甲對於 A 公司、B 銀行就系爭支票之支票債權不存在；2. A 公司、B 銀行應給付乙 200 萬元，且如任一人已給付，於給付範圍內，他人免給付義務。X 於第一審法院依簡易訴訟程序合併審理上述訴訟中，請求駁回乙所提訴訟。嗣法院就甲起訴部分，判決甲勝訴；就乙起訴部分，判決乙敗訴。試問：

(一) X 就乙所提起之訴訟，有無代理甲為訴訟行為之權限？（15 分）

(二) 如乙不服第一審判決而提起上訴，乙得否主張第一審依簡易訴訟程序合併審理違法？乙上訴效力是否及於甲請求給付票款之訴部分？（40 分）

(三) 如第一審判決嗣經第二審法院廢棄並發回更審，甲不服第二審判決而上訴，其上訴效力是否及於 A 公司、B 銀行？（20 分）

【擬答】：

(一) X 就乙所提起之訴訟，無代理甲為訴訟行為之權限。

題示情形，X 受訴訟代理部分為甲作為原告依票款給付法律關係為請求，與乙提起之確認票款債權不存在及借款返還法律關係為請求，係屬有關聯但不同之訴訟，本訴之訴訟代理人僅就本訴範圍內得為訴訟代理，不包括對主參加訴訟之訴訟代理（參最高法院 104 年台簡上字第 36 號裁定）。因此 X 就乙所提起之訴訟，既未另受甲之委任，即無代理甲為訴訟行為之權限。

(二) 乙得主張依簡易訴訟程序審理為違法，其上訴效力並及於甲所提之本訴。

1. 合併辯論並不影響本訴訟與主參加訴訟事件之本質：

按民事訴訟法第 205 條第 3 項規定「第五十四條所定之訴訟，應與本訴訟合併辯論及裁判之。但法院認為無合併之必要或應適用第一百八十四條之規定者，不在此限。」，題示情形，乙提起主參加訴訟，依上開規定應合併辯論及裁判，然並不表示主參加訴訟所應適用之程序即應與本訴訟程序相同，蓋以主參加訴訟程序應適用何程序，應視主參加訴訟程序訴訟標的而定。另合併辯論並未改變各訴訟事件本質，仍應依各事件本質交錯適用程序法理，此觀家事事件法第 41 條第 6 項規定，可知我國立法者就程序法理交錯適用論應採肯定說。

2. 題示情形主參加訴訟部分不應適用簡易程序：

按民事訴訟法第 427 條第 1 項及第 2 項規定，僅於特定事件請求或訴訟標的金額在 50 萬元以下者，始應適用簡易程序。題示情形，乙提起之主參加訴訟標的為確認票款債權不存在及借款返還法律關係為請求，金額並均逾新臺幣 50 萬元，因此就主參加訴訟部分，原則上不應適用簡易程序。

3. 因 X 律師未經合法代理，縱為本案言辯亦不得視為有合意適用簡易程序之合意，因此主參加訴訟程序有違法情形：

按民事訴訟法第 427 條第 3 項規定「不合於前二項規定之訴訟，得以當事人之合意，適

用簡易程序，其合意應以文書證之。」、第 4 項規定「不合於第一項及第二項之訴訟，法院適用簡易程序，當事人不抗辯而為本案之言詞辯論者，視為已有前項之合意。」，題示情形，被告甲僅由 X 律師代理主參加訴訟程序，並未自己到庭為本案言詞辯論，依前述因 X 律師在未另有委任前，並無訴訟代理權，甲形同於訴訟未經合法代理般，故縱兩造有進行本案言詞辯論，亦不得適用上開規定，視為有合意適用簡易程序之合意。因此主參加訴訟程序進行有違法情形。

4. 乙上訴效力及於甲請求給付票款之訴部分：

題示情形，乙主張第一審合併適用簡易程序有違法情形，不論是否僅就主參加訴訟部分不服提起上訴，亦或一併就本訴訟部分表示不服，依最高法院 104 年台簡上字第 36 號裁定謂「按主參加訴訟係三對立當事人訴訟類型，為統一解決紛爭及避免裁判矛盾，主參加訴訟之審理程序，依民事訴訟法第五十四條規定，須準用同法第五十六條必要共同訴訟之規定。又為避免裁判矛盾，依同法第二百零五條第三項前段，主參加訴訟須與本訴訟合併辯論及裁判。依此，主參加訴訟受敗訴判決之本訴原、被告，或主參加訴訟人，以勝訴判決之他造為被上訴人，提出上訴者，其上訴效力及於本訴與主參加訴訟中同受敗訴判決之另一當事人，本訴訴訟與主參加訴訟判決之全部，即均成為上訴審審判對象。又本訴與主參加訴訟各訴之訴訟標的，如無合一確定必要者，法院固得為相異之裁判，但如有合一確定必要者，為避免裁判矛盾，即不得為相歧異之裁判，亦即原審審判範圍自及於本訴部分。本件第二審上訴係由主參加訴訟原告即被上訴人提出，依上說明，上訴效力及於本訴部分，原審自得就本訴部分為審理裁判。」，主參加訴訟受敗訴判決者，為避免裁判矛盾，其上訴效力一概及於本訴與主參加訴訟二者，易言之，乙上訴效力及於甲請求給付票款之本訴部分。

(三) 甲上訴效力及於 A 公司、B 銀行：

按民事訴訟法第 54 條第 2 項規定「依前項規定起訴者，準用第五十六條各款之規定。」、第 56 條第 1 項規定「訴訟標的對於共同訴訟之各人必須合一確定者，適用下列各款之規定：一、共同訴訟人中一人之行為有利益於共同訴訟人者，其效力及於全體；不利益者，對於全體不生效力。二、他造對於共同訴訟人中一人之行為，其效力及於全體。三、共同訴訟人中之人生有訴訟當然停止或裁定停止之原因者，其當然停止或裁定停止之效力及於全體。」，依最高法院 106 年台上字第 72 號判決「本件被上訴人駱安婕及鐘家菱二人（下稱駱安婕等二人）於上訴人吳立華與駱佳欣（下稱吳立華等二人）間請求返還補償費之本訴訟繫屬中，以吳立華等二人為共同被告，依民事訴訟法第五十四條第一項規定，提起主參加訴訟，其訴訟標的對於吳立華等二人必須合一確定，依同法第五十四條第二項、第五十六條第一項第一款規定，吳立華提起第三審上訴之效力及於未提起上訴之同造當事人駱佳欣，爰將之併列為上訴人，合先敘明。」，主參加訴訟之訴訟標的對於主參加訴訟共同被告間必須合一確定，因此共同被告甲提起上訴之效力，及於未提起上訴之同造當事人 A 公司、B 銀行。

二、A 地為甲所有，相鄰之 B 地為乙所有。B 地上乙所有之房屋（下稱 B 屋，面積 1,000 平方公尺），占用 A 地 25 平方公尺（下稱 C 部分）。甲曾依民法第 767 條及第 179 條規定，訴請乙拆除 C 部分房屋並還地及支付相當於租金之不當得利。法院認定 B 屋雖確有占用 C 部分，但甲請求拆屋還地，將影響 B 屋全部之結構安全，且甲因拆除所受之利益與乙所受之損害顯不相當，應係權利濫用，因而駁回甲該部分之請求，僅依不當得利法律關係，判命乙自民國（下同）99 年 7 月 1 日起，按月返還不當得利新臺幣（下同）4,000 元予甲

(下稱前訴訟)。甲復於 102 年 4 月 1 日以乙為被告起訴，先位依民法第 796-1 條第 2 項準用第 796 條第 2 項規定，請求判令乙以 500 萬元之價格，購買 A 地之 C 部分(即每平方公尺 20 萬元)，備位依民事訴訟法第 397 條及民法第 179 條規定，請求乙自 102 年 5 月 1 日起，按月給付甲 6,000 元之不當得利。主張略以：A 地自前訴訟判決確定後，價格飛漲，現請求乙按法院囑託鑑定之價格，以 500 萬元購買 C 部分；又倘甲不得請求乙購買，前訴訟判決所命給付之金額，因情事變更致過低而顯失公平，甲亦得請求乙自 102 年 5 月 1 日起，按月增加給付不當得利至 6,000 元等情(下稱本訴訟)。

乙則抗辯以：前訴訟已認定甲係權利濫用，不得請求乙拆屋還地，僅判令乙按月給付不當得利 4,000 元。今甲再提起本件先位及備位訴訟，皆違反既判力而不合法。況鑑定 A 地價格之資訊不完整，不足為憑，並無情事變更可言等語。

請附理由回答下列問題：

- (一)甲提起之本訴訟，是否違反前訴訟判決之既判力？倘乙同意甲再提起本訴訟，並爭執 B 屋全未占用 A 地，甲無權請求乙購買，法院就此爭執是否須調查證據始得加以認定？(40 分)
- (二)本訴訟審理中，法院如依兩造之陳述及舉證，發現 A 地及 B 地原均屬訴外人丙所有，B 屋亦係丙所建，確有占用 A 地 25 平方公尺，且甲、乙係同時自丙分別取得 A 地、B 地及 B 屋所有權時，應如何審理及裁判？(35 分)

【擬答】：

(一)甲提起之本訴訟，並無違反前訴判決之既判力，至乙爭執 B 屋全未占用 A 地，甲無權請求購買之事實，法院就此爭執尚無須調查證據予以認定。

1. 甲提起之本訴訟，並無違反前訴判決之既判力：

(1)按民事訴訟法第 400 條第 1 項規定「除別有規定外，確定之終局判決就經裁判之訴訟標的，有既判力。」，題示情形，甲提起前訴訟經確定判決之訴訟標的為民法第 767 條所有物妨害排除請求權及所有物返還請求權，與民法第 179 條不當得利返還請求權，就此三訴訟標的有既判力。

(2)題示情形，甲提起之本訴訟先位聲明係主張民法第 796 條第 1 項但書、第 2 項及第 796 條之 1 第 2 項規定訴請定價額訴訟事件，此類事件性質上兼有給付及形成之訴性質，查最高法院 105 年台上字第 586 號判決謂「按土地所有人非因故意或重大過失逾越地界建築房屋，鄰地所有人如知其越界而不即提出異議，為免土地所有人損失過鉅，且於社會經濟有較大影響，鄰地所有人不得請求移去或變更其房屋，此觀民法第七百九十六條第一項前段規定即明。如土地所有人因重大過失逾越地界建築房屋，或雖無重大過失，但鄰地所有人已知其越界而即時提出異議，因不該當於該規定之要件，鄰地所有人對於無權占有其土地之土地所有人房屋，本得依民法第七百六十七條第一項規定請求移去或變更其逾越地界之房屋。惟為免對社會經濟及當事人利益造成重大損害，民法第七百九十六條之一第一項賦與法院裁量權，斟酌公共利益及當事人利益，免為全部或一部之移去或變更。為示公允及衡平，上揭二種情形，鄰地所有人得向土地所有人請求支付因此所受損害之償金，或請求以相當價額購買越界部分之土地及因此形成之畸零地，就當事人不能協議之價額，並由法院以判決定之，觀諸民法第七百九十六條第一項但書、第二項及第七百九十六條之一第二項規定即明，此項定價額之訴訟，係兼有給付性質之形成訴訟，與前案訴訟以民法第七百六十七條及第一百七十九條為訴訟標的之給付訴訟，難認係同一事件，本件即無違反前案判決既判力之情形。」，揭示民法第 796 條第 1 項但書、第 2 項及第 796 條之 1 第 2 項規定訴請定價額訴訟事件，與民法第 767 條所有物返還、所有物妨害排除請求事件及第 179 條

不當得利返還請求事件，係屬不同訴訟標的，因此本訴訟並無違反前訴訟判決既判力情形。

此外原告備位聲明依據民事訴訟法第 397 條第 1 項「確定判決之內容如尚未實現，而因言詞辯論終結後之情事變更，依其情形顯失公平者，當事人得更行起訴，請求變更原判決之給付或其他原有效果。但以不得依其他法定程序請求救濟者為限」之規定增加按月給付甲 6,000 元之不當得利，雖其訴訟標的(請求權基礎)亦為民法第 179 條之不當得利，但此乃基於情事變更原則之特別規定，自亦無違反前訴判決之既判力。

2.B 屋是否占用 A 地之事實，已經成為前訴爭點，並經實質審理，已有爭點效：

查民事訴訟法第 400 條第 1 項規定，固然僅就訴訟標的賦予既判力，而就判決理由所認定之重要爭點有無拘束力，並未有明文規定，但近來實務主流見解均承認判決理由之拘束力，如最高法院 106 年台上字第 2321 號判決謂「按確定判決之既判力，依民事訴訟法第 400 條第 1 項規定，就判決主文所判斷之訴訟標的發生。當事人之一造以該確定判決之結果為基礎，於新訴訟用作攻擊防禦方法時，他造應受其既判力之拘束，不得以該確定判決言詞辯論終結前所提出，或得提出而未提出之其他攻擊防禦方法為與該確定判決意旨相反之主張，此係既判力積極作用之「遮斷效」。若就訴訟標的以外當事人主張或抗辯之重要爭點，本於兩造辯論之結果所為之判斷，除有顯然違背法令，或當事人提出新訴訟資料足以推翻原判斷之情形外，於同一當事人間，就與該重要爭點有關之他訴訟，不得再為相反之主張，法院亦不得作相異之判斷，此為「爭點效」，源於訴訟上之誠信原則及當事人公平之訴訟法理，避免紛爭反覆發生，以達一次解決之目的。」，題示情形，兩造間於前訴訟就 B 屋是否占用 A 地之事實，已經法院實質審理，並成為兩造間之爭點，因此除非有提出新訴訟資料，否則本訴訟法院不應僅因乙之爭執，而再事證據調查。

(二)法院應公開心證使兩造為辯論，避免造成突襲性裁判。

1.B 屋就坐落之 A 地上應推定在房屋得使用期限內，有租賃關係存在：

按民法第 425 條之 1 第 1 項規定「I、土地及其土地上之房屋同屬一人所有，而僅將土地或僅將房屋所有權讓與他人，或將土地及房屋同時或先後讓與相異之人時，土地受讓人或房屋受讓人與讓與人間或房屋受讓人與土地受讓人間，推定在房屋得使用期限內，有租賃關係。其期限不受第四百四十九條第一項規定之限制。II、前項情形，其租金數額當事人不能協議時，得請求法院定之」，題示情形，A 地及 B 地原均屬訴外人丙所有，B 屋亦係丙所建，確有占用 A 地 25 平方公尺，甲、乙係同時分別自丙取得 A 地、B 地及 B 屋所有權，應推定在房屋得使用期限內，有租賃關係，蓋房屋之價值不菲，為免屋地異主時因無使用坐落基地之權源而遭受到拆除之請求，對社會資源造成不當浪費，因此推定在房屋得使用期限內，有租賃關係存在。亦即本案並非越界建築、不當得利與價購越界部分土地之情形，實則本案應屬原告應依上揭民法第 425-1 條第 2 項之規定向法院聲請酌定租金租額之問題，因而原告之先備位之請求及其依據，於法皆屬無據。

2. 法院應將判斷所依之事實、證據及法律，發問或曉諭當事人，就訴訟關係及相關之各該爭點，促使其為必要之聲明、陳述或提出證據：

按民事訴訟法第 199 條第 1 項及第 2 項分別規定「審判長應注意令當事人就訴訟關係之事實及法律為適當完全之辯論。」、「審判長應向當事人發問或曉諭，令其為事實上及法律上陳述、聲明證據或為其他必要之聲明及陳述；其所聲明或陳述有不明瞭或不完足者，應令其敘明或補充之。」，查最高法院 106 年台上字第 179 號判決謂「按當事人主張之事實，應適用何種法律，影響裁判之結果，為保障當事人程序權，防止發生突襲性

裁判，法院行言詞辯論時，除應令當事人就事實為完足適當陳述及辯論外，亦應令其就法律觀點為必要之陳述及作適當完全之辯論。若當事人聲明及陳述有不明瞭或不完足時，審判長應依民事訴訟法第一百九十九條第一項、第二項規定，將判斷所依之事實、證據及法律，發問或曉諭當事人，就訴訟關係及相關之各該爭點，促使其為必要之聲明、陳述或提出證據；方足為適當而完全之辯論。」題示情形，法院依兩造之陳述及舉證，形成應適用民法第 425 條之 1 規定之心證，兩造卻均未就適用民法第 425 條之 1 規定為陳述及辯論，就此證據上、事實上及法律上之爭點，法院不得逕自適用民法第 425 條之 1 為裁判，而應曉諭闡明使兩造當事人為適當而完全之辯論，否則即有認定事實的突襲，所為之裁判即有不適用民訴法第 199 條規定之違背法令情事。

公
職
王